

SOBRE EL DERECHO, LO JURÍDICO Y LA JUSTICIA

JORGE MARTÍNEZ BARRERA

No es infrecuente hallar en el saber filosófico ciertos núcleos temáticos que parecen desafiar el paso del tiempo. Esto es tanto más notorio cuanto más ha podido individualizarse con precisión un asunto determinado, y se ha tenido la profundidad y habilidad de plantearlo con todo su peso como tema filosófico, como algo de lo cual vale la pena ocuparse filosóficamente.

Aunque en realidad, el abordaje filosófico y aun científico de un tema pudieran no depender tanto del asunto mismo como de la agudeza de mirada del filósofo o del científico. Después de todo, en buena epistemología tomista -y aristotélica si se quiere-, el ser precede al conocer y por lo tanto, el único requisito que se exige de algo para alcanzar el estatuto de problema filosófico o científico, es que sea. En este momento nos viene a la memoria, a modo de ejemplo, la justificación ofrecida por Santo Tomás para ocuparse de un tema por el cual, dicho sea de paso, él personalmente, no experimentaba una simpatía excesiva. Me refiero a la política. Dice Santo Tomás en esa pequeña obra maestra que es el **Prólogo** de su comentario a la **Política** de Aristóteles:

"(...) Tenemos que hablar en primer lugar de la necesidad de esta ciencia. Todas aquellas cosas que pueden ser conocidas por la razón, es necesario que alguna doctrina las eleve a esa perfección de la sabiduría humana llamada filosofía. Y como ese todo que es la ciudad está sujeto al juicio de la razón, ha sido necesario, para el acabamiento de la filosofía, elaborar una doctrina acerca de la ciudad, la cual ha sido llamada "política", es decir, ciencia civil"¹.

Es cierto que, a primera vista, sería legítimo reclamar una justificación más sólida de los requisitos exigidos para que algo sea asunto de la filosofía. Pareciera no bastar con que una cosa sea simplemente "cognoscible por la razón" para merecer figurar en los catálogos de investigaciones posibles. Y sin embargo, en el fondo, esa es estrictamente la verdad. De otro modo nos veríamos obligados a abordar la

1. A69: 65-73. Ed. Leonina.

cuestión penosa de una discriminación sin más parámetros que los puramente subjetivos. La pregunta en este caso sería, para resumir, ¿quién juzga si esto es filosóficamente abordable? Quizás por eso Santo Tomás, cortando por lo sano, deja esa situación difícil y en último análisis insoluble, en manos de un criterio lo suficientemente objetivo e independiente de cualquier injerencia subjetiva, como para que nadie se sienta molesto por la inevitable discriminación que se seguiría si un juez demasiado humano decidiera, por ejemplo, que esto y no aquello es digno de estudiarse filosóficamente. Ese criterio es, por pedestre que parezca, la inclinación **natural** de la razón al conocimiento de lo que es, lo cual la atrae hacia sí como a su fin. Nada más, pero también nada menos.

Así pues, cuando se ha tenido la suficiente destreza para tematizar algo en sus términos esenciales, es casi seguro que la distancia histórica, lejos de relegar el asunto al olvido, actúa más bien como un estímulo para la continuidad de la investigación. Y a veces no importan tanto las respuestas como el modo de señalar con toda la crudeza y precisión posibles la existencia de la aporía en una concreta parcela de la realidad.

En este sentido, no parece urgente justificar el carácter problemático de la noción misma de "derecho" y de sus concomitantes, pues ella viene siendo el pan cotidiano de quién sabe cuántas escuelas iusfilosóficas.

Precisamente, la frase que abre una serie de trabajos memorables del Padre Van Overbeke sobre la iusfilosofía de Santo Tomás de Aquino, es la siguiente: "Toda la filosofía del derecho reside, propiamente hablando, en el estudio de la noción de derecho, del "concepto de derecho", como en su fuente primera"².

Lo relativo al derecho y a lo jurídico toca, con toda seguridad, algún punto neurálgico de la misma vida humana, algún resorte ultrasensible que desencadena polémicas en el fondo saludables en torno a su esencia. Y como cuando se tiene el propósito de intervenir en una discusión se lo hace a veces desde una perspectiva determinada, quisiera hacerlo ahora desde aquella que es una de las más sugerentes, tanto por las soluciones dadas al problema, como por el método de

2. Los estudios del Padre Van Overbeke, publicados por la "Revue Thomiste" en 1955 y 1957, son los siguientes: **Santo Tomás y el derecho. Comentario de Ila-Ilae, q.57**, T. LV (1955) 519-564; y **La ley natural y el derecho natural según Santo Tomás**, T. LVII (1957) 53-78 - 450-495. La cita corresponde a la introducción del primero de ellos.

señalarlo y abordarlo. Me refiero a la filosofía jurídica de Santo Tomás de Aquino.

Los puntos a tocar aquí no gozarán de un tratamiento demasiado prolongado. No tienen más pretensión, en todo caso, que la de ofrecer un temario útil como materia de discusión en algunos asuntos no tratados en forma explícita por el Padre Van Overbeke, quien, insisto, ofrece una de las síntesis más acabadas sobre el tema. De este modo, he querido introducir algunos aspectos que pudieran completar los pocos intersticios de la magnífica trama tejida por él en su exposición de la filosofía jurídica de Santo Tomás.

LA ORDENACIÓN DE UNA POLISEMIA

El derecho es caracterizado por Santo Tomás de Aquino recuperando las significaciones más relevantes que, a su juicio, se dan de hecho en la realidad, o por lo menos en su tiempo:

"(...) el nombre de derecho (...), se asignó primero para significar la misma cosa justa (**ipsa res iusta**). Pero, después, derivó hacia el arte con el que se discierne qué es justo; y, ulteriormente, a designar el lugar en el que se otorga el derecho; así, por ejemplo, se dice que alguien comparece **ante el derecho**; finalmente, también se denomina derecho a la sentencia que es pronunciada por aquel a cuyo oficio pertenece hacer justicia, incluso a pesar de que lo que decida sea inicuo"³.

Aquí son tomadas en cuenta las diversas cosas que en alguna medida son dichas "derecho" (**ius**), pero se las subordina a una acepción que opera como **referente principal** y/o como hontanar de **toda** definición subsidiaria de aquél: la "ipsa res iusta".

El texto de la **Suma Teológica** citado se inscribe en el marco de la respuesta a una objeción que, apoyada en la definición del jurisconsulto Celso, quiere que el derecho sea ante todo el "arte de lo bueno y lo

3. **Suma de Teología** (en adelante **ST**) Ila-IIae, q.57, a.1 ad1. Madrid, Biblioteca de Autores Cristianos, 1990. J.M. Aubert, **Le droit romain dans l'oeuvre de saint Thomas**, Paris, Vrin, 1955, recuerda que "estos textos son el ejemplo de un procedimiento de interpretación empleado a menudo por Santo Tomás. Se trata de vincular racionalmente esas diversas significaciones a la de base, de derecho objetivo. La dialéctica, heredada de Abelardo, proporciona el medio de hacerlo. El uso es entonces invocado como la fuente de esos diversos empleos de una misma palabra; éste habría desviado paulatinamente el término "ius" de su acepción primera... Tenemos aquí un caso de esos ensayos tan frecuentes de armonización de datos divergentes, de "auctoritates" de distintos orígenes, con la ayuda de las reglas de la dialéctica medieval." Ver también M. Willey, **Questions de saint Thomas sur le droit et la politique**, París, PUF., 1987, esp. caps. 3 y 4.

equitativo"⁴. Santo Tomás contesta que el derecho **no es primariamente** el arte de lo bueno y equitativo, es decir, el **conocimiento y la declaración pública imperativa** de eso justo (ése es el **arte del jurisperito**: "arte con el que se discierne qué es justo"⁵).

PRIORIDAD DEL SER SOBRE EL CONOCER

A pesar de todo, hablar del derecho como un "arte" en la acepción romana que examina el Aquinate, no es erróneo. De hecho, la crítica tomasiana no se dirige a desmentir que el derecho pueda ser un arte, sino más bien a señalar que, en todo caso, esa no es la acepción principal del término. Es cierto que en sede tomista estamos habituados a ver el arte casi exclusivamente en lo que lo distingue de la prudencia, es decir, en el esquema algo rígido de la oposición entre la "recta razón de la factible" y la "recta razón de lo agible"⁶. Pero nada impide que la tarea del jurisperito tenga algo de artística en la medida en que interviene el conocimiento de algo, en este caso, lo justo, la "misma cosa justa", y cierta "producción" exterior, el "hacer" justicia, como Santo Tomás mismo lo dice: "...también se denomina derecho a la sentencia que es pronunciada por aquel a cuyo oficio pertenece hacer justicia (*iustitiam faceré...*)" Después de todo, arte y prudencia tienen algunos importantes puntos de contacto, al punto que la prudencia puede estar más cerca del arte que del hábito especulativo. Arte y prudencia tienen el mismo sujeto (la parte "opinativa" del alma) y la misma materia (lo contingente)⁷.

El derecho no puede ser ante todo y primariamente el arte del jurisperito por la sencilla razón de que para que éste se pronuncie o diga su **conocimiento** de lo justo a las partes y ordene su ejecución, es preciso que exista antes el **objeto** que él, como jurista, ha de conocer; y tal objeto es, en este caso, lo justo. Por eso la noción de Celso es **derivada** de una acepción principal no presente en su definición, si se toma en cuenta que **ius** o **derecho** es ante todo la "cosa justa", de la cual

4. M. Villey señala en **Le droit les droits de l'homme**, París, PUF., 1983, p. 57, que según Cicerón (**De oratore**, I, 187 y s), "los jurisconsultos del fin de la República, imitando la obra realizada por los griegos en otros dominios, imaginaron que podía hacerse del derecho un cuerpo de doctrina coherente, **reducere jus in artem**".

5. **ST**, Ila-IIae, q.57, a.1 ad1.

6. **ST**, Ila-IIae q.57a.4.

7. *Ibid.* ad.2."... la prudencia es más afín al arte que los hábitos especulativos en cuanto al sujeto y a la materia, porque una y otra residen en la parte opinativa del alma y versan sobre lo contingente". Aunque es cierto que bajo otro aspecto, el arte es más bien afín al intelecto especulativo: "Pero el arte es más afín a los hábitos especulativos que a la prudencia en la razón de virtud" (*ibid.*).

depende obviamente su conocimiento posterior por parte del perito y su **decirlo imperativamente** ("iuris-dictio") a las partes. Es en ese sentido como parece que deba entenderse la **derivación** del "ius" o derecho como lo define Celso, del "ius" como lo entiende con mayor precisión Santo Tomás. En la concepción tomasiana del derecho hay una prioridad ontológica sobre la gnoseológica. Es decir, la noción de derecho manejada por Celso, depende en buena medida de la señalada por Santo Tomás en dos puntos esenciales e interrelacionados: primero, el "ius" de Santo Tomás ante todo **es**, y luego es **conocido** por un tipo de saber que también podría llamarse, con cierta benevolencia, "ius", y con mayor precisión **ars-iuris**. Pues bien, a este segundo "ius" se refiere en realidad Celso cuando cree definir el derecho. Dicho de otro modo, el derecho es un arte y como tal, alude a una potencia y a una virtud del intelecto, a un saber; pero para que exista un saber **de algo**, es obvio que primero ese algo debe **ser**. Por esa razón, el **ius** primero es y luego es conocido ordenada y sistemáticamente. Ese conocimiento es el **arte de lo bueno y equitativo** de Celso.

No es extraño, con todo, que se haya producido un corrimiento de la significación de "ius", pues a veces los valores semánticos de las palabras experimentan modificaciones para pasar a significar otras cosas: "es frecuente que los nombres se desvíen de su primera acepción, para designar otras cosas" (Ila-IIae q.57 a. 1 ad1). Como quiera que sea, lo que Santo Tomás desea saber es qué **cosa** sea el derecho, y es consciente de que esta "esencia" no puede, estrictamente hablando, coincidir con la del acto mismo por el cual se la conoce, o sea con el **ars-iuris**, pues antes del conocer está el ser. Adelantemos sin embargo que el deslizamiento semántico del término "derecho", desde la cosa justa en sí misma a la acepción aludida por Santo Tomás y que aún hoy es vigente, es decir, a su acepción "jurídica", no invalida de suyo la posibilidad de una profunda interconexión entre ambos niveles de significación. Y todavía más, habría que preguntarse si en el fondo no habrá una interdependencia de tipo jerárquico entre ambas acepciones de "derecho", en la cual los aspectos jurídicos del término sólo tengan sentido en tanto puedan justificarse ante la cosa justa en sí misma. Creemos que esa es la posición de Santo Tomás.

DIKAION Y JUS

G. Graneris⁸ aporta, **aunque referida al derecho natural, una obser-**

vacación de gran utilidad para nuestro asunto porque profundiza sobre el sentido de aquel deslizamiento de significación, ya observado por el Aquinate. Este autor señala que traducir el griego "dikaion" por el latín "ius", no fue muy afortunado. En Atenas, "dikaion" significaba la **cosa iusta**, mientras que en Roma "ius" aludía a la unión de la cosa justa con la norma de su justicia; "aún más, continúa Graneris, si fuera necesario establecer un orden de precedencia entre los dos elementos, Roma habría reconocido el puesto de honor a la norma. El **ius** para los legistas romanos es un majestuoso castillo de fórmulas: **is liber appellatur ius civile (Diq. 1.2, 2, 2 2)**. Así sucedió que en el viaje de una doctrina y un nombre del Ática al Lacio, fue también trasladado el interés, que pasó del contenido al continente"⁹. En fin, sugiere Graneris, para los romanos el "ius" era un quid complejo que la sutileza griega escindía en dos elementos fundamentales: el "dikaion" y el "nomos". El primero era el contenido y el segundo el continente. Esta confusión de la que en alguna medida serían responsables los romanos, ha viajado también a la lengua española, como lo ha observado el Profesor Soaje Ramos¹⁰.

ACEPCIONES CONTEMPORÁNEAS DE DERECHO

Con buen criterio metodológico, cuando este último autor ve llegado el momento de definir el derecho, no omite mencionar las acepciones más corrientes del término, aquellas que rigen entre los que por una u otra razón están concernidos con la realidad significada por él¹¹. También Santo Tomás, antes de definir el derecho en el ad1 del art. 1, q.57

8. **Contribución tomista a la filosofía del derecho.** Bs. As. EUDEBA, 1977 (trad. de C. Lértora Mendoza de la obra publicada en italiano en 1949), cap. V.

9. Op. cit. p. 63. Estas afirmaciones que sugieren una supuesta tendencia del derecho romano a diluirse en una obsesión codificadora, pueden ser balanceadas con otras, del tipo de "Non ex regula jus sumatur, sed ex jure regula fiat", en las que se muestra que los romanos nunca perdieron de vista la **ipsa res iusta**. Ver, por ejemplo, M. Villey, **Questions de saint Thomas sur le Droit et la Politique**, cap. 7. En todo caso, esto prueba que una caracterización del derecho romano, tema que escapa ahora a nuestro propósito, presenta ciertas dificultades, nacidas precisamente en algo que si nos interesa: su diferencia con el **dikaion** griego. En efecto, por lo menos no podemos ignorar que no hablamos de un "derecho" griego en el mismo sentido en que lo hacemos del romano.

10. **El concepto de derecho** la parte **Examen de algunos términos pertinentes** Buenos Aires, Cuadernos didácticos del Instituto de Filosofía Práctica, 1977, N° 2, p. 5.

11. Aun cuando el Profesor Soaje Ramos no lo mencione, se trata sin duda del mismo método de Santo Tomás, y no duda en recomendarlo: "Por ahora [se podrá] lograr cierta comprensión de la importancia metodológica de no desatender en nuestra tarea definitoria ninguna de las acepciones principales de **derecho**. Mas como el método se conoce sobre todo aplicándolo, al término de esa tarea se podrá tematizar reflexivamente el itinerario recorrido y la adecuación y fecundidad de la actitud metodológica que sólo en parte se ha delineado". Op. cit. p. 7.

de la *lla-llae*, habla procedido exactamente del mismo modo. Para Soaje Ramos, "derecho" en español significa por lo menos cinco cosas:

a. La **norma jurídica** o repertorio de las mismas, o bien ordenamiento normativo jurídico. Es la acepción empleada cuando en una demanda se dice, por ejemplo, "el derecho aplicable al caso es tal o cual".

b. El **poder jurídico**, como cuando se habla del "derecho del propietario a ejercer la sanción reivindicatoria", etc.

c. El **conjunto de conocimientos propios del jurista**, como cuando se habla de un "estudiante de derecho". Esta acepción, creemos, coincidiría con la primera acepción derivada que menciona Santo Tomás en el citado ad1, art. 1 de la q.57, *lla-llae*, es decir, la del "arte por el cual se conoce lo que es justo".

d. **Lo designado en la expresión forense "estar a derecho"**, como cuando se alude al comparendo de un imputado ante la justicia.

e. Finalmente, sostiene Soaje Ramos, "derecho" puede designar **lo contrario de "entuerto"**, de modo que el entuerto es la conducta antijurídica y su opuesto, el derecho, sería la conducta jurídica.

A su vez, Michel Villey, cuando se pregunta si es posible definir el derecho¹², antes de responder enumera dos sentidos del término que a su juicio son hoy los más relevantes. La significación más usual de "Derecho", dice Villey, tal como lo sostuvo Ihering, alude a una "libertad o ventaja más o menos garantizada por los poderes públicos", un "interés jurídicamente protegido", para emplear la expresión de Ihering¹³. Se trataría, sigue Villey, del llamado "derecho subjetivo". Desde este punto de vista, la tarea de los abogados consistiría en defender los "derechos" de sus clientes, y la de los legisladores, en "la protección legal y las reivindicaciones de los viticultores, trabajadores metalúrgicos, homosexuales, etc., o según la fórmula heredada de Bentham, en **maximizar los placeres del mayor número de beneficiarios**"¹⁴.

La otra significación corriente en nuestros días, y en cierto modo contrapeso de la anterior, continúa Villey, es deudora de Hobbes, particularmente de aquella distinción radical que se lee en el **Leviathan** entre **ius** y **Lex**. **ius** es el **Right** y **Lex** la **Law**; uno es el reino de la libertad, la otra el de la obligación¹⁵. Esta oposición habría cristalizado, siempre

12. M. Villey, loc. cit.

13. Op. cit. p. 112.

14. Ibid.

15. Escribe Hobbes en **Leviathan**, cap. XIV, p. 228 (Ed. preparada por O. Moya y A. Escototado, Madrid, Editora Nacional, 1979): "(...) pues, aunque los que hablan de este tema (sc. la

según Villey, en la conformación de un llamado "derecho objetivo" constituido por el conjunto de normas jurídicas heterónomas, pero de una heteronomía cuyo origen es el Estado. "Derecho" serían entonces las leyes, reunidas o no en un Código. "A ellas se agregaron los textos de origen jurisprudencial aceptados por los tribunales. La enseñanza de las Facultades de Derecho consistiría así en inculcar en la cabeza de los estudiantes la aplastante colección de los **textos** cuyo ejecutor sería el jurista. Se trata entonces de una técnica puesta al servicio de no se sabe bien qué objetivo: riqueza, poder de la nación, progreso social, orden moral. En fin, técnica para hacer de todo, pues las leyes se refieren a todo", escribe Villey con su habitual énfasis¹⁶.

Y nos queda aún otra significación, ya no tan frecuente, continúa nuestro autor en el mismo lugar¹⁷, que es la empleada cuando "un etnólogo trata del **derecho** de alguna tribu africana; allí es claro que no se alude a leyes positivas escritas, y menos todavía a los **derechos subjetivos**".

Otro testimonio del lenguaje de los derechos, para usar la expresión de John Finnis¹⁸, está bien representado contemporáneamente, al menos en el mundo anglo-norteamericano, por el jurista W. N. Hohfeld¹⁹. Esa concepción del derecho toma como punto de partida, dice Finnis, dos postulados cardinales:

1. Todas las adscripciones de derechos pueden ser reducidas, sin excepción, a una o más combinaciones de los siguientes "derechos hohfeldianos" (sic):

(a), "derecho de reclamar" ("claim right"), llamado por Hohfeld derecho **stricto sensu**;

(b). "libertad" (llamada por Hohfeld "privilegio");

(c). "poder";

(d). "inmunidad". Y,

2. Sostener un "derecho hohfeldiano" implica sostener una relación tripartita entre una persona, la descripción de un acto, y otra

ley natural) confunden a menudo **ius y lex, derecho y ley**, éstos debieran, sin embargo, distinguirse, porque el **derecho** consiste en la libertad de hacer o no hacer, mientras que la **ley** determina y ata a uno de los dos, con lo que la ley y el derecho difieren tanto como la obligación y la libertad, que en una y la misma materia son incompatibles".

16. Ibid.

17. Nosotros diríamos que verdaderamente, por lo menos en lengua española, es muy poco frecuente.

18. J. Finnis, **Natural Law and Natural Rights**. Oxford, Clarendon Press, 1986, cap. VIII "Rights".

19. W. N. Hohfeld, **Fundamental Legal Conceptions**, New Haven, 1919. Cit. por J. Finnis, op. cit., p.199.

persona.

Estos dos postulados, con el suplemento de un vocabulario en parte corriente y en parte elaborado **ad hoc**, expone Finnis, generan las siguientes relaciones lógicas que agotarían la significación del derecho. En estas relaciones, A y B designan a las personas físicas o jurídicas y O un acto:

(1). A tiene **derecho a reclamar** que B debe O, si y sólo si B tiene una **obligación** hacia A de <&;

(2). B tiene **libertad** (relativa a A) de O, si y sólo si A **no tiene derecho a reclamar** (un "no-derecho") que B no deba G>;

(2¹). B. tiene **libertad** (relativa a A) de no O, si y sólo si A **no tiene derecho a reclamar** (un "no-derecho") que B deba O;

(3). A tiene **poder** (relativo a B) de O, si y sólo si B tiene la **obligación** de cambiar su posición legal en virtud de í> de A.

(4). B tiene **inmunidad** (relativa a O de A), si y sólo si A no tiene poder (es decir, es incapaz) de cambiar la posición legal de B por <í>.

Finnis señala también que últimamente ya no se habla del derecho como de una relación tripartita entre dos personas y un cierto tipo de actos, sino más bien como una relación **bipartita** entre personas y un asunto x, o una **cosa**. El resto del análisis es sumamente interesante, pero con esto basta para mostrar a qué distancia nos encontramos ya de la **ipsa res iusta** que Santo Tomás no desea perder de vista en ningún momento. Los "derechos hohfeldianos", de hecho, hacen de sus **postulados un principio** a partir del cual se derivan todos los demás derechos, y puesto que son **principio**, no requerirían de demostración alguna y serían evidentes a la razón. Por cierto, esta evidencia primaria no es discutible en el plano de lo que "derecho" significa contemporáneamente.

DERECHO E HISTORIA

En realidad, hablar de "lo que derecho significa contemporáneamente" implica introducir una restricción, o por lo menos una relativización en el significado de este concepto, pues con el mismo criterio podríamos cuestionarnos lo que ese término aludía para los griegos, romanos o Tomás de Aquino. Pero lo que está en juego aquí es si realmente existe, en medio de esa polisemia, la posibilidad de una significación central o primaria de "derecho", de la cual se alimenten todas las demás. La respuesta a esta pregunta depende, obviamente, de la postura gnoseológica y aún antropológica que se adopte; sin embargo

no todas ellas se encuentran en un mismo plano de aceptabilidad para la razón.

La posibilidad de conciliar todas las opiniones en una especie de supra-opinión que las explique como "productos de la época", es un subterfugio que no resuelve el problema de fondo. En efecto, pudiera ser que tal supra-opinión dé razón superficial de la plurisignificación en el lenguaje de los derechos. En ese sentido, algunas investigaciones son muy útiles en tanto ilustran sobre la historia de las significaciones. Pero otra cosa es cuando esa necesaria y útil tarea histórica pretende abandonar su función propedéutica, que es la de allanar el camino para la intelección de un núcleo de verdad a-histórico, para monopolizar ella sola toda posibilidad explicativa, y con ello, desgranar ese núcleo inmutable en partículas que escapan por las redes del tiempo. Por eso creemos que el recurso a la explicación histórica como única alternativa, no soluciona el problema. En efecto, para que la explicación sea filosóficamente sostenible, se requiere que el criterio de análisis escape a su vez a su determinación como "producto de la época". Sin embargo, no se ve claramente por qué el criterio "epocal" o historicista de análisis no pueda a su vez ser un "producto de la época", con lo cual deberíamos remontarnos al infinito en la búsqueda de un criterio, o de un meta-criterio.²⁰

Si la **palabra** "derecho" ya no designa entonces hoy a la **realidad** "cosa justa", es muy probable que el problema no sea de la realidad sino de la palabra, que ha pasado a designar a **otra** realidad, o bien a un aspecto o parte de la misma que antes se designaba con otro término y ahora ha desplazado al antiguo²¹.

DE LA COSA JUSTA A LOS DERECHO-HABIENTES

"El vocabulario moderno y la gramática de los derechos, escribe

20. La tematización y sistematización de este recurso recibe el nombre de "historicismo". Una crítica de esta (im)postura puede verse en L. Strauss, **Natural Right and History**, Chicago, The University of Chicago Press, 1970 (7ª reimpresión); id. **What is Political Philosophy. Six Essays by Leo Strauss**. Edited with an introducción by H. Giddin. Indianapolis-New York, Pegasus, 1975, pp. 21 ss.; L. Elders, **L'historicisme en Théologie Morale**, en **San Tommaso e la filosofia del diritto oggi** ("Studi Tomistici" N° 25), Città del Vaticano, 1974, N° 25, pp. 51-59.; J. De Finance, **Droit Naturel et Histolre**, *ibid.*; V. Possenti, **La buona società. Sulla ricostruzione della filosofia politica**. Vita e Pensiero, 1983, pp. 24-28

21. Una vez más, el ejemplo de esto es provisto por el Aquinate: **Suma Teológica**, Ila-IIae, q.57, a. 1 ad1: la palabra "medicina" significó en el origen el remedio destinado a curar; hoy alude al arte mismo de curar.

Finnis, son un instrumento polifacético, cuyo fin es el de informar y reivindicar los requerimientos u otras implicaciones de una relación de justicia **desde el punto de vista de la(s) persona(s) que se beneficia(n)** de esa relación. Este instrumento proporciona una manera de hablar acerca de **lo que es justo** desde un ángulo especial: el punto de vista del (los) otro(s) a quién(es) es debido algo (incluso, **inter alia**, libertad de elección), y que sería(n) perjudicado(s) si ello se le(s) niega. Y el debate contemporáneo muestra que hay una fuerte, aunque no irresistible tendencia a especializar aún más ese punto de vista, de modo que la ventaja particular implicada en cualquier atribución de derechos, es interpretada como ventaja de **libertad** de acción, y/o **poder** de afectar la acción de otros²².

Así por ejemplo, "derecho", en el sentido de lo que es **justo**, es la restitución de un depósito, y como tal, designa al acto complejo que debe ser producido por los implicados. En ese acto de la **restitutio** no hay un solo actor, sino por lo menos dos, que concurren a su realización como **concausas** del derecho o lo justo, que es ante todo la **restitutio** misma. Ahora bien, el acto de restitución se llamaba en el lenguaje clásico, especialmente en el griego, lo **dikaion** (y con menos precisión **ius** en latín), y no había término técnico para designar a aquellas concausas. Lo que se ha producido después es un deslizamiento semántico de lo **dikaion - ius** hacia una de las personas que benefician en su relación de concausas, quedando relegada a un segundo plano la misma cosa justa en su totalidad abarcadora, en su **objetividad**, diríamos, incluso hasta haber casi desaparecido contemporáneamente del horizonte significativo de "derecho".

DE LOS DERECHO-HABIENTES AL DERECHO SUBJETIVO

Esto nos lleva al asunto del llamado "derecho subjetivo", señalado por varios autores actuales a partir de la experiencia contemporánea del lenguaje de los derechos. De los autores que hemos examinado brevemente surge que, en general, hay acuerdo en que "derecho" es en nuestros días un concepto ligado a los de "facultad", "posesión" y/o "poder". En donde no hay acuerdo es en el conocimiento que el Santo Doctor pudo haber tenido de esta acepción "subjetiva" del derecho²³. De

22. Op. cit. pp. 205-206.

23. El trabajo de base para el asunto es el de H. Hering, **De iure subjective sumpto apud S. Thomas** ("Angellcum" [1935], pp. 295-297).

la falta de enumeración del sentido subjetivo del derecho, observa Aubert²⁴, varios autores han pretendido que el Aquinate lo habría ignorado. Pero, tal como lo muestra Hering en su trabajo, Santo Tomás no solamente lo conoce, sino que también lo utiliza en materias muy diversas: "ius contradicendi", "ius dominii", "ius possidendi", "ius in homine", "ius accipiendi", etc.²⁵. Pero es irrefutable que en la **locutio formalis** Santo Tomás no puede ser más claro: el derecho es la cosa justa. Él no es entonces responsable del deslizamiento semántico subjetivo experimentado por el derecho en la modernidad²⁶. Señalemos de paso la proximidad temática entre este modo de entender el derecho y la noción de "possessio", que ha jugado un papel tan importante en la filosofía política de la modernidad, especialmente en Hobbes y Locke. No es casual, creemos, que en ambos autores haya también preocupaciones iusfilosóficas muy pronunciadas.

En fin, de este breve examen, no surge que "ius" en latín, o "derecho" en español y, según parece tampoco en ninguna lengua moderna, signifiquen lo que debieran significar en primer término según Santo Tomás: **la cosa justa**; a tal punto que en nuestra lengua, que dispone del artículo neutro, no se habla de "lo" derecho sino de "el" derecho, reflejando fielmente lo que el Aquinate consideraba ya en su tiempo una distorsión semántica. Perder el punto de referencia focal de la **ipsa res iusta** conduce a una distorsión realmente grave, ya no sólo semántica sino también con vastas proyecciones políticas por lo siguiente. Si el derecho ya no es la cosa justa, es decir, el **objeto** de una virtud (en este

24. Op. Cit. p. 90

25. Hering cita varios ejemplos que testimoniarían el conocimiento que Santo Tomás tuvo de los "derechos subjetivos": "qui ius contradicendi non habet" (ST. Ia-IIae, q.58, a.2); "quasi ut habeat ius possidendi totum thesaurum" (ibid. Ia-IIae, q.66, a.5 ad2); "ius accipiendi decimas spirituale est" (ibid. Ia-IIae, q.87, a.3); "Diabolus nullum ius in homine habebat" (ibid. III. q.46, a.3, obj. 3); "unde et accipit ius accedendi ad mensam domini" (ibid. III, q.67, a.2); etc.

26. Uno de los primeros intentos serios de sancionar este uso lo tenemos más bien en Occam cuando, en ocasión de su disputa con el Papa Juan XXII, se ve obligado a afinar su vocabulario. De este modo, la nueva definición de **ius** puede ser vista ya en su definición del **ius utendi**: "un **ius utendi** es un poder legal de usar un objeto exterior; un poder del que no se debe privar a nadie en contra de su voluntad sin culpa y sin causa razonable; un poder tal que si se fuera privado de él, el perjudicado podría iniciar un juicio contra quien lo privó" ("ius utendi est potestas licita, utendi re extrínseca, qua quis sine culpa sua et absque causa rationabili privan non debet invitus, et si privatus fuerit, privantem poterit in iudicio convenire") (citado por J. Finnis, op. cit. p. 228).

Finnis sugiere que el camino del "derecho subjetivo" fue trazado, en sus grandes líneas, por otros dos pensadores del s. XVII; Suárez (**De Legibus**, I, ji, 5: "Según el último y más estricto significado de **ius**, con toda propiedad suele llamarse **ius** al poder moral [facultas] que cada uno tiene sobre lo suyo o sobre lo que se debe") y Grocio (**De Jure Belli ac Pacis**, 1, 1, iii: "otro significado de **ius** es: cualidad moral de la persona que la habilita a tener o hacer algo justamente". Y la cualidad moral puede ser "perfecta", en cuyo caso se trata de una **facultas**, o "imperfecta", es decir, una **aptitudo**: Ibid. iv).

Ver: Michel Bastit, **Naissance de la loi moderne**. París, PUF, 1990.

caso de la justicia, aquella virtud por la que queremos y obramos lo justo), y pasa a ser una "facultad", se desprende que, en tanto facultad, puede estar orientado a objetos opuestos²⁷. Cargar las tintas sobre el derecho-arte como acepción principal de "derecho", implica retrotraerlo al ámbito de las potencias o facultades humanas que, en tanto potencias, son orientables a cosas contrarias, a diferencia de las virtudes. Y en este caso resultarla indiferente que el derecho señale lo justo o lo injusto. Lo mismo sucede cuando se aproxima su definición a la facultad de querer. Porque en el fondo, cuando el derecho pierde su referencia a la cosa justa en sí misma, pasa a identificarse con la voluntad. Lo que es objeto y fin (la cosa justa y el bien común) pasan a ser sujeto o medio. La idea contenida en la expresión "derecho a X" sería moralmente enjuiciable, no ya por el contenido de X, cuya legitimidad no se discutiría, sino por sus posibilidades de realización efectiva garantizadas o no por el sistema jurídico. Es decir, habría inmoralidad en cuanto "derecho a X" no alcanzara la concreción deseada por el "titular" de tal supuesto derecho. Obsérvese incluso la distancia que media entre las locuciones "derecho a" "derecho de", y "iustum est"; esa brecha ha sido posible gracias a la pérdida paulatina del sentido focal de "derecho" como **ipsa res iusta, id quod iustum est**.

UNA SORPRENDENTE OBSERVACIÓN DE SANTO TOMAS

Este último es precisamente el sentido de la "corrección" tomasiana de la definición de **justicia** del **Digesto**²⁸. Allí, la justicia es definida como "constante y perpetua voluntad de atribuir a cada uno su derecho". Santo Tomás, viendo muy probablemente en esa definición un voluntarismo **avant la lettre**²⁹, la rectifica diciendo que la justicia no es la **voluntad** de

27. Ver Aristóteles, **Ética Nicomaquea**, V, 1129a 11; **Metafísica**, IX, 1046a 36- 1046b 7. El Estagirita ya había advertido que las potencias racionales, como por ejemplo las artes y las ciencias productivas, pueden orientarse a los contrarios, mientras no sucede lo mismo con los hábitos. La posesión del saber médico, por ejemplo, habilita para dañar o curar; en cambio la prudencia o la justicia no podrían, de suyo, producir actos de imprudencia o de injusticia. Ahora bien, en la doctrina clásica, lo justo no puede ser jamás una **potencia**, sino un **acto**. Es el acto que especifica a una potencia, en este caso, al querer de la voluntad. La voluntad **quiere** lo justo (si está cualificada por el hábito de justicia, obviamente).

28. L. 1 tit. 1 leg. 10 Iustitia est.

29. ¿Se puede dudar de que Santo Tomás no haya previsto alguna forma de voluntarismo cuando se leen la primera y segunda objeciones del art. 1, q.58 de la ST, Ila-IIae y la prolijidad de las correspondientes respuestas?:

1. La justicia es el hábito que dispone a obrar lo justo y por el que se realizan y se quieren las cosas justas, según dice el Filósofo en V Ethic. Pero la voluntad designa la potencia o, también, el acto.

dar a cada uno lo suyo, sino más bien, el **hábito** de la voluntad según el cual se da a cada uno su derecho³⁰.

Llama la atención entonces que la noción de "derecho" de Santo Tomás aparezca como más griega que latina. Según Graneris, esto se habría debido a una feliz laguna en la formación "jurídica" de Santo Tomás³¹. "[Santo Tomás] pasó sin escrúpulos -y quizá sin advertirlo- de Roma a Atenas, y creyendo leer el texto en el contexto de las **Pandectas** y en las amplificaciones ciceronianas, en realidad lo leía en los volúmenes (aunque fueran mal traducidos) de los griegos y lo repensaba con la **forma mentis** adquirida en prolongados coloquios con su favorito Aristóteles. Esto le permitió, incluso lo obligó a volver a dar al viejo nombre su significado originario. Pasando por encima del paréntesis latino y retomando la tradición griega, Santo Tomás en lugar de latinizar el **dikaion** (como hacen los juristas y como habla hecho Cicerón), heleniza el **ius**, de tal modo que resulta el **iustum; ipsa res iusta...** Aquí el Aquinatense hablaba en latín y pensaba en griego"³².

Pero notemos que el Santo Doctor no niega que el derecho **también** sea el "arte de lo bueno y lo justo" de los juristas; solamente nos recuerda la dependencia ontológica y gnoseológica del arte respecto de lo bueno y lo equitativo, que son quienes especifican y dan sentido al primero.

Luego se dice inconvenientemente que la justicia es la voluntad.

2. Más aún: la rectitud de la voluntad no es la voluntad; de lo contrario, si la voluntad fuese su rectitud, se seguiría que ninguna voluntad sería perversa. Sin embargo, según Anselmo en el libro **De veritate**, la justicia es rectitud. De ahí que la justicia no es voluntad.

A lo primero hay que decir: Qué voluntad designa aquí el acto, no la potencia. Es costumbre en los autores, en efecto, el definir los hábitos por medio de sus actos. Así, Agustín, **In Ioann.**, define la fe como creer lo que no ves.

A lo segundo hay que decir: Que ni tampoco la justicia es esencialmente la rectitud, sino tan sólo causalmente; pues es el hábito por el que uno obra y quiere rectamente.

30. ST, IIa-IIae, q.58, a. 1 c: "Hay que decir: la definición de la justicia antes dicha [se. **constans et perpetua voluntas ius suum unicuique tribuens**] es correcta SI SE LA ENTIENDE BIEN (...). Y si alguien quisiera reducir la definición A SU DEBIDA FORMA, podría decir que la justicia ES EL HABITO según el cual uno, con constante y perpetua voluntad, da a cada uno su derecho".

31. "Santo Tomás" no era un helenista; pero se alimentaba diariamente con las traducciones de Aristóteles. Por otra muy feliz laguna en su cultura, era poco familiar con el **Corpus Iuris** latino de Justiniano, si bien algunas veces transcribiera sus textos". Op. cit. p. 64.

32. Graneris, op. cit. p. 65. Aunque esta opinión de Graneris es muy interesante, cabe preguntarse si en verdad existe tal laguna en la formación "jurídica" del Aquinate. El Aquinate emplea cinco fuentes principales del derecho: Aristóteles (**Ética Nicomaquea**, L. V.); los juristas romanos, también en sus propias fuentes: Cicerón (sobre todo en cuanto hace al derecho natural), Gayo (el derecho de gentes), Ulpiano (también referido al derecho natural), los Instituta (derecho natural y derecho de gentes); San Agustín (para el derecho natural); San Isidoro (y no solamente los aspectos etimológicos del derecho) y finalmente, Graciano (su famoso "Decreto"). Ahora bien, cuando se examina con cierto detalle el uso cuidadoso que Santo Tomás hace de estas fuentes, no parece que pueda concluirse, como Graneris, en que el Aquinate habría padecido una "ignorancia" jurídica de final feliz. Pero volveremos brevemente sobre esto.

Santo Tomás escapa así a los peligros del formalismo encerrados en una concepción del derecho excesivamente ligada a los códigos, peligros que se harán más graves cuando se trasladen al tratamiento del derecho natural. Observa Graneris en op. cit. p. 65: "Con este retorno a las fuentes [i.e. al "dikaion"] se había obstruido la vía a un equívoco peligroso, abierta por la terminología romana. El equívoco era éste: dando al nombre de "ius" el significado predominante de norma o complejo de normas bien formuladas y catalogadas, se seguía que el "ius naturale" podría y aún quizás debía concebirse como un bien arquitectado sistema de fórmulas, hechas y acabadas... así hicieron Wolff y Pufendorí; así han hecho y continuarán haciéndolo todos los que se propusieron y se propongan la peligrosa tarea de promulgar el Código de derecho natural, erigiéndolo en edificio completo frente al edificio, igualmente completo, del derecho positivo".

DEL DERECHO SUBJETIVO A LA HIPERTROFIA DE LA JUSTICIA PARTICULAR

Un pasaje de la **Política** aristotélica puede servirnos ahora de exergo: "aun cuando se estableciera para todos una propiedad moderada, no se ganaría nada con ello, porque es más necesario igualar las ambiciones que la propiedad, y eso no es posible sino gracias a una educación suficiente por medio de las leyes"³³.

Es una enseñanza clásica de la **Ética Nicomaquea**, recogida cuidadosamente por el Doctor Angélico, que la justicia puede ser **general y particular**. La primera, solemos decir en nuestros cursos universitarios, tiene una vinculación directa con el bien común, quien le da todo su sentido. La segunda, alude más bien a la igualdad en los intercambios y comporta tantas especies como tipos de intercambio puedan tipificarse. Esto, lejos de ser falso, deja sin embargo en sombras algunas consecuencias prácticas derivadas de la profunda interrelación entre la justicia legal o general y la justicia particular. Nos hallamos inmersos en un mundo marcado por los reclamos de justicia; no hay casi sector de la comunidad política que no sea o se sienta víctima de alguna forma de injusticia, y exija en consecuencia la restitución o el otorgamiento de lo que estima es lo suyo propio. Lo curioso es que el remedio

33. **Política**, 11,7, 1266b 28-31. Edición bilingüe y traducción por J. MARÍAS y M. ARAUJO. Madrid, 1970.

contra las injusticias que se quiere suprimir, no toca jamás al principio mismo que las hace posibles, es decir, a la interioridad moral misma de las personas. Se pide un restablecimiento de la justicia, pero entendida ésta en su sentido particular, es decir, en el fondo, como una "situación exterior" o "un estado de cosas" (distribuciones, intercambios y cuantas especies puedan concebirse de la justicia particular), en el cual el compromiso personal no va más allá de la posibilidad o aptitud jurídica de reclamar por ese estado de cosas. En los estados contemporáneos parece haberse producido un hiato entre la justicia entendida como un **orden de cosas exterior** y la justicia entendida como **virtud**. Esta fractura de la justicia como noción perteneciente al ámbito de la moral, coincide, además, con la moderna separación de ética y política.

En realidad, cuando se reclama justicia, lo que se exige ya no es justicia, sino más bien lo justo (real o aparente). Sin embargo, la justicia buscada en los reclamos o protestas es la justicia particular, es decir, una **parte** de la justicia total. Esa parte es la realización ad-extra de la justicia general o total. En otras palabras, el acto justo o lo justo total (o general), es un acto con dos vertientes: una exterior y otra interior. La cara visible del acto justo total, según la doctrina de Santo Tomás, fundada en la enseñanza aristotélica, no puede ser sino el fruto de una disposición interior, de una determinación de la voluntad que quiere obrar y obra lo que es justo. Una cosa justa que no sea el fruto de ese querer interior, no es total e integralmente justa. Ahora bien, la justicia parece haber desaparecido de los catálogos éticos contemporáneos, para quedar menguada en una versión jurídica o "judicial" que anula casi todo el sentido de la justicia-virtud. Lo grave es que precisamente la justicia-virtud o justicia general, es para los clásicos la condición **sine qua non** del advenimiento de la justicia particular³⁴. Y aún más, no es casual que

34. No tendría mucho sentido preguntarse si la justicia particular también es virtud, pues en el esquema tomásiano ella es impensable fuera de la justicia general. Entre nosotros, quien ha llamado la atención sobre la "juridización" de la justicia en detrimento de su contenido moral, es el Profesor C. I. Massini: **De las estructuras justas a la virtud de la justicia** Actas de la XVIII Semana Tomista, Buenos Aires, 1993. El voluminoso libro de Rawls sobre la justicia, por ejemplo, maneja exclusivamente la noción de justicia particular, y su pregunta "procedural" es típica de un modo de abordar los asuntos morales que quiere partir siempre de "principios", invirtiendo el camino natural de la razón práctica. Los autores neokantianos hacen de la búsqueda de tales principios o fórmulas, supuestamente tan eficaces como los principios de una ley física o de una fórmula química, el objetivo fundamental de sus investigaciones. Pero la idea de que la justicia es ante todo una virtud, brilla por su ausencia. Sobre esto ha efectuado interesantes observaciones Alasdair MacIntyre en **Tras la virtud** (Barcelona, 1987, trad. de Amelia Valcárcel). Leemos en página 313, en las últimas líneas de un capítulo titulado "la Justicia como virtud": "La política moderna, sea liberal, conservadora, radical o socialista, ha de ser simplemente rechazada desde el punto de vista de la auténtica fidelidad a la tradición de las virtudes; porque la política moderna expresa en sí misma y en sus formas institucionales el rechazo sistemático de dicha tradición".

en el pensamiento aristotélico el lugar sistemático de la más política de las virtudes, la justicia, no es precisamente la **Política**, sino la **Ética Nicomaquea**.

En una comunidad política donde las leyes cumplen una verdadera función pedagógica, es decir, donde la educación integral de la persona está en juego, la justicia-virtud puede llamarse "legal". Las leyes prescriben los actos de las virtudes, si no de todas, por lo menos de aquellas cuyo ejercicio es indispensable para la vida buena. No podríamos insistir aquí lo suficiente acerca de la importancia que Platón, Aristóteles, San Agustín y Santo Tomás atribuyen a las buenas leyes, que son un instrumento pedagógico insustituible en la comunidad política. Las leyes ordenan el cumplimiento de actos justos con el fin, no solamente de salvaguardar coercitivamente la igualdad ordenada por la justicia, sino también de que la persona adquiera el hábito de querer hacer cosas justas por convencimiento propio.

La ley cumple una función pedagógica estructurada en dos momentos complementarios que abarcan la totalidad de la persona: su querer y su inteligencia. El primero de esos momentos consiste en la educación de la facultad de querer o voluntad; la ley nos enseña que debemos querer **rectamente**. El segundo momento, absolutamente complementario del anterior, pues es necesario saber **qué se debe querer para querer rectamente**, está dirigido a la inteligencia. Así, la ley nos muestra qué cosa debemos querer y/o qué cosa debemos querer obrar o no obrar. Ese conocimiento de lo que debemos querer y/o de lo que debemos querer obrar o no obrar, se llama **verdad práctica**. De este modo, la ley pasa a ser el instrumento más importante de la vigencia de la verdad en la vida política, a condición, obviamente, que ella sea una verdadera ley y no una mera expresión de deseos institucionalizada³⁵.

De este modo el ciudadano se transforma en un colaborador privilegiado del gobierno prudencial de su ciudad, y por intermedio de esto, de Dios en el gobierno del mundo; participa ya desde la interioridad de su convicción en la realización ad-extra del orden de justicia. La ley ya no es coercitivamente aprehendida, sino por el contrario, con la disposición de ánimo de quien escucha con atención a un maestro amado.

Pero si el ordenamiento legal pierde de vista ese fin pedagógico, no es extraño que se favorezca, paradójicamente por esas vías "legales", la eclosión y aún el señorío de la justicia particular. Esta última pasa a ser

35. Las condiciones de una buena ley están en ST, Ia-IIae, q.95, a.3.

una consecuencia natural de la justicia legal, a fin último del orden comunitario³⁶. Sin embargo, los autores mencionados son muy claros en este sentido: una ley no puede llamarse tal si no está directamente asociada al fin moral que rige la vida comunitaria. De ahí entonces esa doctrina incomprensible para el positivismo jurídico, de que la justicia legal no solamente es una virtud, sino que también es mucho más "interior" que la justicia particular³⁷.

La pérdida del sentido de la justicia como virtud, favorece la vocación contemporánea de reclamar, cada vez más violentamente, el fin de las injusticias sin siquiera rozar el mismo problema que las hace posibles. El "estado de cosas exterior" injusto no parece ya ser responsable de nadie, y ha perdido toda conexión con su real causa eficiente, que no es otra cosa que la misma interioridad humana.

Y es tiempo ya de decir que la justicia legal es también llamada "general" por Santo Tomás. Ciertamente, sería un abuso pretender que el Aquinate prefiera esta segunda apelación a la de "legal" porque habría previsto los problemas planteados por el positivismo jurídico. Pero una vez más, como en el caso de su corrección cordial a la definición de justicia del **Digesto**, su intervención no pudo ser más oportuna. Por si quedaba alguna duda acerca del carácter de virtud de la justicia³⁸, en este caso de la justicia legal, Santo Tomás sostiene su carácter de virtud **general**, no en sentido predicativo, como cuando se dice del hombre, del caballo y de otros vivientes **en general**, que son animales. La justicia general lo es más bien al modo de una causa universal, como el sol, por cuya virtud el resto de los seres son iluminados y vivificados. La justicia-virtud es general porque ordena los actos de todas las demás virtudes a un fin supremo de la vida humana, confiriendo unidad y sentido a toda la existencia³⁹. La justicia en la que piensa Santo Tomás no solamente es virtud, sino que también es la virtud moral suprema. La justicia en la que piensan nuestras sociedades de masa no solamente no es virtud, sino que además exige cosas que, al perderse la conexión con el orden moral custodiado por la justicia general, ya no son en muchos casos ni

36. El fin último, en este caso y para emplear la expresión del Profesor Massini (loc. cit.), serían las "estructuras justas" y no la disposición interior del alma que quiere obrar y obra cosas justas, de modo que las estructuras justas sean el fruto de la virtud Interior.

37. Escribe el Aquinate en ST (IIa-IIae, q.58, a.9 ad3): "(...) la justicia legal, que se ordena al bien común, puede extenderse a las pasiones interiores, por las cuales el hombre se rige de algún modo en sí mismo, más que la justicia particular, que se ordena al bien de otra persona particular".

38. Ver ST, IIa-IIae, q.58, a.3.

39. Veribid. a.6.

siquiera justas⁴⁰. No es casual entonces que la **subjetivización** del derecho sea el prólogo de la **particularización** moderna de la justicia, consistente en el desconocimiento del lazo entre un acto externo y su causa eficiente moral, que es interior.

ALGUNAS DIFICULTADES CON EL TEXTO DE ARISTÓTELES

Hasta aquí todo parece transcurrir sin mayores obstáculos; Santo Tomás ha expuesto magistralmente su posición frente al derecho como objeto de la justicia en la **Suma Teológica**. Sin embargo, hay una contrapartida de la presunta falta de familiaridad con el derecho romano por parte del Aquinate. Ella es su imprecisión en el empleo del término **derecho** ("ius") cuando dice en otro lugar, en su comentario al libro V de la **Ética Nicomaquea** concretamente, que para los juristas romanos... ¡el derecho era lo mismo que para Aristóteles!: la cosa justa en sí misma⁴¹. Pero, ¿el derecho era para los juristas romanos ante todo la cosa justa? qué sentido tiene entonces la respuesta a la primera objeción del art. 1 de la q.57 (Ha - Ilae), cuyo punto de partida es, justamente, que "derecho" ya no designa, en el uso corriente ni entre los juristas romanos, a la misma cosa justa? Y lo notable es que la réplica va dirigida, precisamente, a un jurisconsulto romano, Celso, para quien el derecho parece ser, **en su acepción principal**, el arte de lo bueno y equitativo⁴² y no la **ipsa res iusta**, es decir, no aquello que para Aristóteles era lo justo, sino una acepción derivada.

Y por otra parte, en otro pasaje del comentario al libro V de la **Ética Nicomaquea**, Santo Tomás vuelve a desconcertar cuando aborda ahora... ¡las **diferencias** entre los juristas romanos y Aristóteles!⁴³. Hay diferencias, dice el Santo Doctor, entre lo que Aristóteles y los romanos

40. El caso más patético y políticamente suicidiario es quizás el de la legalización del aborto. En cuanto a las implicancias políticas del mismo, conviene ver, del Profesor Michel Schooyans, **L'avortement: enjeux politiques**. Québec, Ed. Le Préambule, 1990 (hay traducción española).

41. Lect. 12, 304: 15-16.

42. ST Ila-Ilae 57 1 obj. 1 (**Diq. 1.1 tit. 1 leg. 1 luri operam**).

43. No es infrecuente hallar ciertas flaquezas del Aquinate en su tarea de comentarista de Aristóteles. Una de ellas es la referida, precisamente, a la noción de "justicia política". De eso nos hemos ocupado con el Prof. Carlos I. Massini en un artículo conjunto: **Notas sobre la noción de justicia política en Tomás de Aquino**. "Sapientia" XLVII (1992) 271-280. Uno de los trabajos más interesantes que hemos leído sobre Santo Tomás como comentarista del Estagirita es el de L. Elders, **Saint Thomas d'Aquin et Aristote**. "Revue Thomiste" 88 (1988) 357-376. De todos modos, estimamos que, a pesar del auxilio indispensable que constituyen sus comentarios, no es sin embargo en esta función donde debe buscarse el magisterio del Santo Doctor.

entienden por "justo político"⁴⁴. El derecho a lo justo (expresión de Tomás) político o civil es dicho tal por Aristóteles por el **uso**; mientras que para los romanos lo es por la causa⁴⁵. Así, siempre según el Aquinate, lo que es dicho "justo político" por Aristóteles, lo es por el uso y **no** sería aún el derecho positivo; en cambio aquello que es dicho "justo político" por los juristas romanos sí es lo positivo⁴⁶. Lo justo o derecho político por la causa ("ex causa") es aquello que ha recibido una sanción positiva⁴⁷. En otros términos, la dificultad está en conciliar dos afirmaciones del Aquinate, una casi a continuación de la otra, en las cuales sostiene primero que **ius** y **dikaion** son lo mismo para los juristas romanos y para Aristóteles respectivamente; y en la otra declara que la noción de derecho político o civil **no** es la misma en ambos.

Además, ¿es cierto que para Aristóteles lo justo legal se confunde con lo positivo ("y así, correctamente, [lo justo político] es llamado "legal" por el filósofo, es decir, sancionado por la ley, lo cual ellos [se. los juristas romanos] llaman "positivo")? En alguna medida sí, pero sin perder de vista que la noción de **nomos** que maneja el Estagirita, no puede ser traducida sin más por la **lex** latina, del mismo modo que tampoco pueden equipararse totalmente **dikaion** y **ius**. El mismo Santo Tomás, en su comentario al pasaje de 1129b 11 - b 25, sugiere que lo justo legal, más que coincidir con el contenido de la ley positiva, queda mejor definido como objeto de la justicia legal: "Y en primer lugar determina acerca de lo mismo justo legal, que es el objeto de la justicia legal" (V, Lect. 2, 268: 3-4), al cual se ordena cuasi instrumentalmente lo positivo. Lo justo legal es una de las expresiones del bien común, sobre todo si se tiene en cuenta la acepción de "ley" manejada por el Estagirita, la cual, al prescribir los actos de **todas** las virtudes, se dirige al bien integral de la comunidad política.

Quizá convenga recordar en este lugar la diferencia real entre el **dikaion** aristotélico y el **ius** romano; mientras puede hablarse del valor polisémico del segundo, el **dikaion** de Aristóteles jamás pierde de vista lo que el mismo Santo Tomás señala, con razón, como objeto de la

44. "(...) se debe considerar que lo político o civil no es lo mismo según Aristóteles y según los juristas". In V **Eth.** L. 12, 304: 22-24.

45. Lect. 12,304:24-30: Los editores de la Leonina señalan que aquí la fuente de Santo Tomás, en lo que respecta al derecho romano, es Gayo, **Inst.** I i 1 (ed. Relnach, p. 1): "nam quod quisque populus ipse sibi **Ius** constituit, id **ipsum proprium** est vocaturque **ius civile**, quasi **Ius proprium civitatis**".

46. Respecto de otros pasajes en que la explicación tomasiana de Aristóteles no se ajusta con fidelidad al texto comentado, ver el trabajo que publicamos conjuntamente con C. I. MASSINI, "Notas..".

47. Aquí se presenta un problema suplementario, y es el de cómo explicar entonces el pasaje de **Eth. Nic.** 1134a 30, donde Aristóteles sostiene que lo justo político supone la existencia de leyes que regulen las relaciones de los ciudadanos.

justicia y analogado principal de todas las significaciones de "derecho": la "ipsa res iusta". Santo Tomás parece sentirse más a gusto hablando de lo justo "general" que de lo justo "legal", probablemente para no alejarse de la significación ética de la justicia. En efecto, lo legal alude, como él mismo señala, en primer lugar a la ley positiva (al menos en este caso de la comunidad política), y esto no dice inmediatamente una relación al querer concreto e interior de la persona. La justicia es ante todo una virtud, y el orden político justo requiere el concurso de las voluntades rectificadas más que la coacción de la ley, aun cuando esto último sea necesario. Ahora bien, cuando se habla de justicia "legal", no se alude tanto a la perfección habitual de la voluntad como a una obligación heterónoma experimentada como coactiva por parte de la persona operante. En la expresión "justicia general" en cambio, es la propia interioridad de la persona quien resulta comprometida con el obrar justo por convicción personal.

En todo caso, traducir sin mayores explicaciones **dikaion** por **ius** no es totalmente acertado, y probablemente esto sea más evidente hoy que en tiempos de Santo Tomás. Es cierto que en la lengua griega ha habido una identificación entre **nomimon** (lo legal positivo) y **dikaion**, tal como el mismo Aristóteles se encarga de señalarlo en la **Ética Nicomaquea** (1129a 32 ss.), pero es preciso diferenciar bien las significaciones para evitar equívocos que nos alejen de lo que buscamos: la definición de lo justo. Según Gauthier-Jolif⁴⁸, "antes de Aristóteles las nociones de legal y de igual, de ilegal y de desigual, son aún intercambiables. La **Ética a Nicómaco** las distingue netamente por primera vez"⁴⁹.

OTROS PROBLEMAS: EL TEXTO DE SAN ISIDORO

Hay entonces una expresión poco feliz o por lo menos incompleta: "el derecho o lo justo"⁵⁰, tomada probablemente del "ius quia iustum" de Isidoro⁵¹. Pero esta etimología isidoriana no parece suficientemente justificada; en realidad, la filología contemporánea no está muy dispues-

48. Aristote, **L'Éthique á Nicomaque, Introduction, Traduction et Commentaire par R. A. Gauthier et J. Y. Jolif**. Deuxième édition avec une introduction nouvelle. Louvain-Paris, 1970.

49. Op. cit. comentario a 1129a 34.

50. "Ius sive iustum": ST IIa-IIae, q.57, a.2c.

51. **Etymol.**, L. 5, c. 3; **ML 82**, 199.

ta a legitimar el paso de lo "iustum" al "ius"⁵². Varios autores sostienen que lo más natural es que la palabra derivada sea más compleja que la primitiva, de modo que más bien sería cierto lo contrario: "iustitia" y "iustum" derivarían de "ius"⁵³. Pero aun cuando la hipótesis de Isidoro fuera la correcta, observemos de todos modos que de una relación etiológica (ius **quia** iustum) no se infiere necesariamente la sinonimia o equivalencia de los términos vinculados causal o por lo menos analógicamente (ius **sive** iustum), como lo propone el Aquinate. Y lo que es más preocupante, el lazo de unión entre las expresiones "ius sive iustum" (el derecho o lo justo) y "ius quia iustum" ([se llama] derecho porque [es] justo), Santo Tomás lo encuentra forzando el texto isidoriano en su comentario a la **Ética** aristotélica: "Isidoro dice en su libro de las Etimologías que derecho (ius) se dice **como** justo (iustum)", lo que no es exacto⁵⁴.

LO JUSTO Y LO JURÍDICO

Santo Tomás pasa un poco rápidamente del plano de lo justo (iustum) al del derecho (ius) sin detenerse demasiado en los necesarios matices. Esto le lleva quizás a no percibir con toda la claridad deseable la distinción entre lo justo y lo jurídico. No toda acción justa es jurídicamente significativa, aunque nada obsta para que lo sea. Pero si es tomada en cuenta una distinción entre niveles semánticos, que mencionaré inmediatamente, podría superarse el equívoco posibilitado por el

52. Señalemos de paso que hoy no existe consenso unánime respecto de la etimología de "ius" empleada por Santo Tomás: "hoc nomen ius primo impositum est ad significandum ipsam rem iustam" (III 57 1 ad.1) ..."quod quidem falsum est, escribe J. DE FINANCE, y agrega: "Etymologia vocis ius est incerta. Omissis futilibus hypothesibus, proposita est derivatio a **iusso** (sic in Léxico FORCELUNI), vel a **iusto** (sic S. Thomas III 571, post ISIDORUM), vel aquadam radice indo-europea **Yug** (ut in **iungere**: sic JHERING). Alii, sicut ERNOUT-MEILLET, **Dictionnaire étymologique de la langue latine**, 1951, etymologian daré recusant. Videtur haec vox (cuius forma latina primasva fuit: ious), originarie significasse: **formulam religiosam vim legis habentem** (ibid.) **lustum** eiusdem originis est et potius ab ea derivatum (ipsa vox **ius** in linguas modernas non transiit. Eius loco habentur verba quae ideam **rectitudinis** exprimunt: diritto, derecho, direito, droit, Recht, right). **Significatio** autem, in lingua classica et deinceps, multiplex est". **Ética generalis**, Roma, 1959, p. 195 (subrayados del autor). Puede consultarse con provecho el completo y a la vez breve estudio de Javier HERVADA, **Lecciones de filosofía del derecho**, Pamplona, 1991, especialmente Lección IV, parágrafo 2 (etimología de derecho).

53. Ver Javier HERVADA, op. cit. pp. 182-183.

54. "(...) nam et Ysidorus dicit in libro Ethimologiarum quod ius dicitur quasi iustum" (304: 16-17). A lo cual observan con razón los editores de la Edición Leonina: "Lib. V iii 1 (PL 82,199 A): **ius autem dictum quia iustum** (quia recte habet ipse Thomas Ila-Ilae q.57 a 1 s. c.)". Como se ve, la ambigüedad se origina en la significación de "ius".

Aquinate. Esto permitiría decir que hay derechos no jurídicos, **si se habla desde la acción sin más**, y se estaría aludiendo a cosas justas no promulgadas por escrito por quien tiene a su cargo la dirección de la comunidad política (claro que aquí sería mejor hablar de "lo" derecho, o de las cosas "derechas", que de "el" derecho, pues hoy este último término tiene un contenido casi exclusivamente jurídico).

En otras palabras, habría cosas justas jurídicamente irrelevantes; pero sería contradictorio decir que hay derechos no jurídicos en el ámbito de la ciencia del derecho. En este plano, la única distinción que cabría entre **derecho y jurídico** es la existente entre un sustantivo y su adjetivo derivado. En otras palabras, nos hallaríamos frente a **dos** niveles de significación en el lenguaje del derecho: uno, el de la **acción** humana ("ius sive iustum"); otro, el del derecho en sus acepciones derivadas, sea el "arte por el cual se conoce qué es justo", el de la ley positiva ("aliquis ratio iuris"), o cualquiera de las mencionadas por el Aquinate. Este segundo plano es, en una primera apreciación, el estrictamente jurídico.

A pesar de todo, la mencionada ambigüedad de Tomás de Aquino no invalida su afirmación de que el referente principal en la definición de cualquier derecho, sea que nos ubiquemos en uno u otro de los niveles de significación mencionados (el de la acción sin más o el de las acepciones derivadas), es la **cosa justa** en sí misma. La cosa justa es a su vez una **conducta** y/o su consecuencia. Esto introduce así la importantísima posibilidad de establecer un nexo intrínseco entre la hoy llamada "teoría de la acción" y la ciencia jurídica. La **acción humana voluntaria** y/o su consecuencia⁵⁵ es el fundamento del derecho entendido en ambos niveles semánticos: el de la acción y el de las significaciones secundarias, es decir, el de la cosa justa y el del derecho "jurídico".

"Cosa" es aquí entonces "conducta" o mejor dicho, "acción humana voluntaria y/o su consecuencia"⁵⁶. Por supuesto, es indiferente hablar de "cosa" o de "conducta", y aún la cosa en cuestión **es** una modalidad de conducta, la conducta justa, pero Tomás prefiere referirse a la cosa y no a la conducta en la definición del derecho porque de ese modo queda

55. Empleo el término "consecuencia" aludiendo al resultado de una acción que puede perdurar en el tiempo, una vez cesada ésta, como "estado de cosas" justo o injusto.

56. La cosa justa es también, como se dijo en la nota precedente, un "estado de cosas", una situación. No se requiere que los actores estén permanentemente obrando. Pero ese estado de cosas o situación justa o injusta depende en su totalidad de las conductas que los generan. No hay modo de desvincular la **ipsa res iusta** de la acción humana. Esta distinción entre "cosa" y "conducta" tiene probablemente su paralelo en la **Ética Nicomaquea** 1135a 9-15: es la diferencia entre la Injusticia **objetiva (ádikon)** y el acto injusto (**adikema**), justicia **objetiva (dikaion)** y acto justo (**dikaioprágema**).

protegida la esfera de lo justo frente a cualquier injerencia puramente voluntarista, que no parece mala en sí misma, sino en cuanto el voluntarismo se yergue sobre un principio que acaba casi necesariamente en arbitrariedad o en inmanencia. Las cosas justas se deben obrar por convencimiento prudencial y no por antojo. Y dicho sea de paso, es difícil creer que el título del artículo 1 de la q.58 (IIa-IIae) sea una simple casualidad: si la definición de justicia del **Digesto** (1.1. tit. 1 leg. 10 **lustitia est**) es apropiada. Y en el fondo, la respuesta de Santo Tomás es negativa porque justamente es esa aparente supremacía de la voluntad autónoma, sin más medida que sí misma, lo que molesta al Aquinate en la definición romana. En todo caso, la definición merece la crítica cortés de Tomás por su falla en la confusión del acto con la potencia. La justicia, como ya hemos visto, no **es la voluntad**, sino un **hábito** de ésta por el cual queremos cumplir y cumplimos actos justos⁵⁷. Quizá resulte anacrónico pretender que Tomás haya querido lanzarse expresamente contra el "voluntarismo" de la definición del **Digesto**. Pero lo sorprendente es que la corrección tomasiana parece estar llamada a dar más de sí en el contexto de una crítica al voluntarismo ético, que en el de la simple amonestación al **Digesto**. Cinco siglos antes que Rousseau, Santo Tomás habría previsto que esa confusión de la potencia con su hábito llevaría a la conclusión inaceptable de la esencial rectitud de toda voluntad⁵⁸.

POSIBLES RUMBOS PARA LA DEFINICIÓN DE LO JURÍDICO

El criterio de justicia o injusticia de una conducta es dicho por referencia a una medida X. Esta medida, **si** está promulgada por quien tiene a su cargo de manera directa e inmediata la promoción de las acciones integralmente justas (aquellas que no solamente son justas en sí mismas, como situación exterior sino que están acompañadas por la voluntad del sujeto de ser hechas así) en la comunidad política, recibe el nombre de "ley"⁵⁹. Absolutamente toda conducta es buena o mala, si

57. STII-II, q.58, a.1 ad2.

58. Id., II-II, q.58, a.1 obj.2. y ad2.

59. Evito por ahora la expresión "bien común" para designar el objeto último de la ley, porque **éste ya** no señala contemporáneamente a la acción humana **Integralmente** justa que fundamentó antaño su comprensión en filosofía política, aunque no niego la posibilidad de recuperar su empleo, a condición de reapropiarnos de su practicidad.

no considerada en sí misma, por lo menos para el sujeto operante⁶⁰. Y todas son buenas o malas respecto de alguna medida de bondad o maldad, aunque obviamente hay muchas acciones cuya medida no está promulgada por quien tiene a su cargo directa e inmediatamente la conducción de la comunidad política. Por eso no todas las conductas son jurídicamente relevantes, sino, dos restricciones: 1- aquellas entre las conductas posibles que tienen una concreción **exterior** (las actitudes o disposiciones de ánimo **interiores** no entran en el campo de las conductas que interesan jurídicamente, sino de manera indirecta cuando se trata de averiguar la verdadera **intención** del sujeto en un delito, por ejemplo), y 2- aun dentro de éstas no todas son "jurídicas", Pero ahora interesan aquellas conductas justas que sí lo son, y me pregunto qué condición se exige de ellas para que sean dichas **jurídicas**. Otra cuestión es la siguiente: lo jurídico, ¿es dicho solamente de una conducta o bien es aplicable a otras realidades no conductuales? Creo que para la respuesta a estos interrogantes puede emplearse el mismo método usado en la definición tomasiana del derecho: no hay ninguna razón para excluir de la definición de lo jurídico las acepciones más corrientes manejadas por quienes tienen un contacto directo con ello (conductas, instituciones, etc.). Y éstas podrían remitirse a un referente principal que cumpla un papel equivalente al de la **cosa justa** en la definición del derecho.

Al situarme en el ámbito de "lo jurídico", tengo la impresión de haber descendido al escalón inmediatamente inferior al del derecho entendido como "lo justo". Hay una posible objeción: el campo de lo jurídico es más amplio que el de lo justo porque hay cosas jurídicas que no son necesariamente justas o injustas, como por ejemplo cuando se habla de un **bien jurídico**⁶¹. Respuesta: en sentido relativo, sí; en sentido absoluto, no, porque lo jurídico tiene **siempre** una referencia conductual. Una personería jurídica, por citar otro ejemplo, no tiene aparentemente ninguna relación con lo justo, que es en definitiva una conducta. *Pero*

60. Pasear por un parque, tomado como hecho en sí mismo, **es** moralmente indiferente. Pero no lo es en tanto el paseo es efectuado por una persona concreta, que ha decidido hacerlo aquí y ahora. En este último caso, tal paseo no **es** moralmente indiferente.

61. Nótese que cuando ciertos objetos materiales son provocadores de determinadas conductas, o están asociados a ellas, se los llama "bienes". Nadie en excursión por los mares del sur, diría que los témpanos son un bien. Pero sí podrían serlo en la medida en que los mismos sean la materia de alguna conducta determinada, por ejemplo, de las conductas que se seguirían de considerar tales témpanos como reservas de agua potable. En todo caso, no es casual que el lenguaje llame a esos objetos **bienes**. Hay aquí, con toda evidencia, un uso analógico de **bien**, que es, como se sabe, un concepto impregnado de practicidad.

para obtener una personería jurídica es necesario cumplir ciertos requisitos legales que **sí** dicen relación a una conducta. Se solicita personería jurídica para **actuar** en alguna dirección o con algún fin, pero es necesario saber si esas acciones contravendrán o no tal o cual disposición legal. Un ejemplo claro es el del reclamo de personería jurídica por parte de la Confederación Homosexual Argentina (C.H.A.). Cualquiera sea la posición que se tome frente a esto, es claro que los argumentos en contra y a favor del otorgamiento de tal personería jurídica aluden a **conductas** a seguir: unos dicen que no se puede poner obstáculos al cumplimiento de actos privados que no conciernen más que a sus actores; otros, que en el fondo tales actos totalmente privados no existen, y que siempre, de una u otra manera, **todos** los actos humanos, por privados y ocultos que parezcan, tienen una incidencia en el tejido comunitario. La juridicidad es entonces inescindible de lo práctico. Y es que, siendo lo jurídico un accidente o adjetivo del **derecho** (no inmediatamente de la "ipsa res iusta"), su definición está ligada necesariamente a las vicisitudes de éste. Los demás ejemplos donde aparece el calificativo de "jurídico" no difieren probablemente del que acabo de mencionar. Pero volviendo al asunto de la definición de lo jurídico, querría sugerir ahora un camino en tres etapas.

1. En primer lugar, me pregunto cuál es el primer carácter aparente (en el sentido de lo que efectivamente aparece al observador y no como sinónimo de falso) de lo jurídico. **Estimo que lo primero que aparece aquí es su vinculación con la persona pública.** La condición material de la juridicidad de algo parece girar en torno de ella. Y digo "material" para mencionar cierta exterioridad conceptual en la definición de lo jurídico, pues no creo que su formalidad dependa exclusivamente de su relación con la persona pública. Lo público o "gubernamental" es condición necesaria pero no suficiente en la definición de lo jurídico, así como tampoco lo es la pura positividad o promulgación en la definición de la ley. En una palabra, lo jurídico aparecería como aquel orden de cosas que aluden en última instancia a una conducta⁶² inmediata y directamente vinculada con lo público. Aunque debemos apresurarnos a señalar que decimos **vinculación** estrecha de lo jurídico con lo público, y no **dependencia** del Estado, quien es más bien en este caso instrumento y guardián de la (re)instauración de lo jurídico.

2. En segundo lugar, determinado ya su "plafond" como algo relacionado con lo público⁶³, sugiero al mismo tiempo su dependencia

62. En efecto, si el derecho es, en su primera acepción **práctico**, este carácter no tiene por qué perderse en las acepciones derivadas.

mediata o inmediata de alguna conducta, del mismo modo que depende el derecho en sus acepciones derivadas. Y se trata de conductas que afectan inmediata y directamente al tejido comunitario **político**.

3. En tercer y último lugar, propongo investigar su formalidad en el acto razonable de la persona pública suprema o su representante, de sacar una conducta justa (o un objeto provocador de conducta), del ámbito de lo potencialmente jurídico (ámbito de aquellas acciones que sin escapar a una calificación de moralmente buenas o malas, no afectan todavía de manera inmediata y directa al tejido comunitario político) por medio de alguna forma de **promulgación**, para colocarla en algún sector del universo de las acepciones derivadas del derecho. Una de esas acepciones derivadas es la misma ley positiva, pero no se podría agotar lo jurídico en ella así como el derecho, también en una de sus acepciones derivadas, no se agota en el "arte según el cual se conoce lo justo"⁶⁴. Así, si nos atenemos a la limitada enumeración tomasiana de las acepciones de "derecho", puede decirse que pertenecen al campo de "lo jurídico" las leyes y la jurisprudencia en general, algunas instituciones y las sentencias judiciales aun cuando ellas no sean justas. La lista del Aquinate es sin duda incompleta, pero no parece tener más aspiración que la de ofrecer un esquema o cuadro conceptual. Nada obsta para que a esa lista sean agregados incluso algunos bienes materiales, como dijimos más arriba. Ahora bien, puesto que este ámbito de lo público tiene como **única** posibilidad de legitimación su armonía con la instancia superior de la acción buena o razonable (**eupraxia**), no hay peligro de caer en el círculo vicioso de los positivistas jurídicos.

En una palabra, "derecho" es el sustantivo y "jurídico" el adjetivo... cuando se entiende por derecho lo que los abogados y juristas entienden. Pero no se puede decir lo mismo cuando "derecho" se identifica con la cosa justa.

Se debe entonces insistir en la necesidad de establecer un marco de referencia para trabajar sobre la definición de lo jurídico. Ese marco podría estar constituido por un nexo de unión vertical entre los planos semánticos aludidos más arriba, es decir, entre el plano de la acción (ámbito de la justicia-virtud) y el de la ciencia jurídica (ámbito del derecho en sus acepciones derivadas). Tomás de Aquino propone que ese puente sea tendido desde la primera y no creo que a pesar de tantos siglos de distancia y de algunos descuidos menores cometidos por el

63. Lo privado también puede ser "jurídico" en la medida en que posee una articulación con lo público.

64. Id., Ila-IIae, q.57, a.1 adl.

¿PUEDE HABLARSE DE JURIDICIDAD DEL DERECHO NATURAL?

Resultaría ahora muy interesante preguntarse sobre la juridicidad de aquel derecho cuya promulgación no depende de la persona pública a cuyo cargo está la promoción de la vida política en justicia, es decir, el derecho natural. La pregunta por la juridicidad del derecho natural es legítima, aunque más no sea por el hecho mismo de que se está también hablando de **derecho**. Y la respuesta, en primera instancia, parece inclinarse por la negativa: desde el momento en que lo jurídico es dicho ante todo y principalmente de lo relacionado con la comunidad política, lo relativo al derecho natural, en tanto **no es** inmanente a lo político, queda fuera de lo estrictamente jurídico.

Sin embargo, desde el momento en que, según el esquema tomásiano, la justicia o bondad de una ley no puede depender en última instancia de su positividad⁶⁵, sino de aquello que es justo por naturaleza, es decir, de un orden independiente del dictamen puramente subjetivo, no sería en principio contrario a la razón que eso justo por naturaleza o derecho natural, al sustentar a lo justo positivo en **toda** su magnitud, también sea de algún modo "jurídico". Pero, ¿es realmente posible hablar de "juridicidad del derecho natural"? ¿En qué sentido debe entenderse esto? Estimo que, analógicamente, es posible hacerlo por lo siguiente. Si venimos sosteniendo que la juridicidad está íntimamente ligada a la positividad o, lo que es lo mismo, a la promulgación⁶⁶, puede hablarse de juridicidad de lo justo por naturaleza en tanto ello **también está promulgado por un Legislador Supremo**, que no solamente está por encima del legislador político, sino que además es la fuente del poder de éste. El propósito de ese Legislador Supremo es el de dirigir no ya solamente a la comunidad política, sino también al Universo entero a su fin propio.

La juridicidad de lo justo por naturaleza se asienta sobre la ley natural, que, en tanto ley, también tiene su positividad o promulgación, la cual es de un orden distinto en algunos aspectos y semejante en otros a la de la ley positiva⁶⁷. La promulgación de la ley natural es a su vez de un carácter

65. Aun cuando este es uno de (os caracteres esenciales de toda ley.

66. Aunque resulte obvio, insistimos, que la bondad o maldad de la ley no dependen de su positividad, sino más bien a la Inversa. De todos modos lo que interesa aquí es ese concepto de **promulgación**, tan semejante al acto del juez que dice lo justo.

tan interior y al mismo tiempo tan intangible, tal como lo prueba la experiencia del remordimiento cuando se la infringe, que no parece quedar más alternativa que admitir que en verdad **toda** juridicidad depende de esta fontal promulgación de la ley natural⁶⁷. Creo que, vistas las cosas de este modo, la noción de "jurídico", que en un primer momento aparecía como directamente vinculada al derecho positivo de la comunidad política, se presenta ahora denotando un carácter esencial de la ley natural que mide a lo justo por naturaleza.

Así pues, examinadas las cosas según la progresión natural del saber humano, lo jurídico es dicho en primera instancia de lo relativo al orden político; eso es de hecho lo que primero aparece. Pero a medida que el conocimiento avanza y logremos tocar la esfera de los fundamentos ontológicos primeros, ese orden político puede ser visto ahora en una mirada retrospectiva que lo muestra como estructurado en lo más hondo de sí por la juridicidad primera y fundante de la ley natural. En otros términos, según el orden del conocimiento, lo jurídico es en primer lugar relativo a lo político, pero según el orden del ser, que es el que importa prioritariamente al filósofo, la juridicidad política depende en última instancia de la juridicidad arquetípica de la ley natural⁶⁸. Las cosas ahora se invierten un poco y esto es en realidad lo verdadera y plenamente jurídico.

La conclusión de este recorrido por algunos temas de la iusf ilosofía, estará suficientemente alcanzada si se ha logrado probar la pertenencia de releer una doctrina cuyos méritos, entre tantos otros, pueden resumirse en los siguientes:

a. la razón es una buena guía. Y una confianza en la razón implica que se la conoce bien, no solamente en sus posibilidades sino también

67. **ST**, la -llae, q.90 a.4 ad1: "(...) la promulgación de la ley natural consiste en el hecho mismo de que Dios la implantó en las mentes de los hombres para que así la pudieran conocer naturalmente; q.91, a.1, ad2: "(...) la promulgación puede hacerse de palabra y por escrito, y de ambas maneras es promulgada la ley eterna si se la mira del lado de Dios"; q.100, a.4 ad1: "(...) los primeros preceptos universales de la ley son de suyo evidentes para el que posee uso de la razón natural y no necesitan de promulgación [entiéndase, de una promulgación como la de la ley positiva] (...)".

68. Al definir el Aquinate a la ley natural en términos de participación personal en la mente divina, probablemente abrió la puerta a quienes creyeron que como la aprehensión de la sindéresis es personal, su contenido también es **puesto** por el sujeto. Pero no podemos admitir que del hecho de la interioridad de la ley natural se diga que su contenido es también producido por la razón. La ley natural reside en la razón, es en cierto modo de la razón, pero no **es** la razón. No podemos identificar contenido y continente, por más connaturales que ellos sean.

69. Y con esto se verifica, en el ámbito moral y político, un antiguo aforismo empleado por Aristóteles y también por los medievales: "el arte imita a la naturaleza" (ars imitatur naturam). Es evidente que no se trata aquí de una copia servil, a la manera del artista que dibuja un retrato, sino de algo mucho más profundo.

en sus límites. Lo primero contra la desmesura del escepticismo; lo segundo contra la exageración del iluminismo en todas sus versiones, en especial contra una de las contemporáneas, aquella que busca obstinadamente un **principio** como punto de partida del razonamiento moral, en vez de partir de los **hechos**.

b. La verdad existe y puede ser conocida, aun en terrenos resbaladizos como el de las cosas morales. Esto contra el historicismo, que es un relativismo y como tal, instaurador a la larga del estado de naturaleza hobbesiano. Esto también es un desmentido al **pluralismo** ético como fin de la investigación (y poco importa aquí que la investigación sea académica o personal) que es, filosóficamente, un error y por lo tanto inadmisibles. Este pluralismo sólo es aceptable como punto de partida y como instrumento, pero no como punto de llegada.

c. La justicia es ante todo una virtud. Y para emplear el vocabulario aristotélico, la más hermosa de todas las virtudes, pues ella y sólo ella, en tanto virtud, es quien hace posible la instauración de ese orden de cosas al que aspiran vanamente nuestras comunidades políticas actuales, engañadas por el espejismo de que puede existir lo justo sin la justicia.

d. La justicia es virtud casi divina porque es la virtud que sirve de puente a la participación personal en la vida de algo desproporcionado a nuestra propia naturaleza⁷⁰. El olvido de carácter de **virtud** de la justicia, y consecuentemente la hipertrofia de la justicia particular, es el olvido de la verdadera dignidad humana y por lo tanto, esto no puede tener más resultado que una degradación antropológica muy concreta.

e. La intelección de la doctrina clásica sobre la justicia no puede hacerse sin una sólida base metafísica. Esta debe proporcionar el sentido profundo de la noción de **fin** y explicar su presencia realmente operativa en el razonamiento práctico. Desde que se ha decretado la imposibilidad de toda metafísica futura, también se decreta la imposibilidad de recuperar la noción clásica del derecho y la justicia, la cual queda así diluida en intentos neocontractualistas sujetos a permanente revisión. La exclusión de la metafísica de la filosofía moral, implica la inmediata salida del reino de los fines, o, como suele decirse hoy, del sentido. Y del mismo modo, un mundo sin sentido es un mundo radicalmente injusto y absurdo.